Capítulo 8. Ação Civil

8.1. Considerações gerais

Este é um tema que na verdade será tratado de maneira sistemática, pois há outros dispositivos que cuidam também deste tema. Cuida-se em saber quais os efeitos civis que podem ser gerados pela sentença penal. Vale dizer: estamos aqui a procurar saber em que medida uma sentença absolutória pode influenciar uma sentença cível ou um processo de natureza civil.[1] Da mesma forma, cuida-se em saber em que medida uma sentença penal condenatória transitada em julgado pode servir para amparar a pretensão indenizatória da vítima, por exemplo.

Como já dito o tema não pode ser tratado de maneira isolada, sendo vários os dispositivos que cuidam deste tema. Assim, no Código de Processo Penal os artigos que regulamentam a matéria são os arts. 63 a 68 e também o art. 387, IV. No Código Penal haverá a incidência dos arts. 91 e 92. No Código de Processo Civil cuida-se do disposto no art. 313 e também no art. 509. Por fim, o Código Civil regulamenta a matéria ao tratar dos atos ilícitos nos arts. 186 e ss. e também ao cuidar do dever de indenizar nos arts. 927 e ss.

8.2. Sistemas existentes quanto à influência da ação penal na ação civil

Praticada a infração penal pode haver o surgimento do dever de indenizar, bem como pode haver influências na esfera administrativa. Um funcionário público, por exemplo, que cometa um crime contra a administração pública, pode sofrer processo administrativo por conta desta conduta independentemente do resultado da ação penal.

Vários são os sistemas que regulamentam a relação entre o processo penal e o processo civil, de forma que é importante saber sobre cada um destes sistemas:

a) Sistema da confusão: é o mais antigo sistema existente e o único que havia na antiguidade.[2] Por este sistema o ofendido buscava a solução dos seus conflitos de maneira individual. Em uma mesma ação buscava-se a punição do ofensor. Na verdade, o que havia era simplesmente a busca da punição do ofensor e a indenização de natureza civil não era vista exatamente como uma forma de reparação, possuindo na verdade natureza penal.

b) Sistema da solidariedade: aqui se tem na verdade a existência de duas ações distintas, uma de natureza penal e outra de natureza civil, ambas exercidas dentro do mesmo processo. Fala-se na existência de cumulação obrigatória de ações que correm perante o juízo penal. É importante notar a diferença entre o sistema da solidariedade e da confusão: no sistema da solidariedade as duas pretensões são exercidas dentro do mesmo processo, enquanto no sistema da confusão não se fala propriamente em pretensões distintas, mas em verdade a pretensão indenizatória faz parte da persecução penal.

c) Sistema da livre escolha: por este sistema o ofendido pode optar por promover a ação de reparação do dano na esfera cível independentemente do resultado da ação penal, vale dizer o ofendido pode promover a ação cível em vez de optar por aguardar a ação penal.[3] Neste caso é comum o juiz cível paralisar o andamento do processo até o julgamento da ação penal. O nosso Código de Processo Civil prevê em algum grau este sistema e o juiz civil poderá suspender a ação civil nos termos do art.313 do novo CPC.[4]

"2. Esta Corte Superior possuiu firme entendimento da independência entre as esferas penal e cível, a não ser que no âmbito criminalseja reconhecida a não ocorrência do fato ou a negativa de autoria, o que não se deu na espécie em exame." (STJ, AgRg no AREsp 835.843/SP, j. 20.09.16, rel. Min. Moura Ribeiro)

A paralização por tempo indeterminado aguardando-se o trânsito em julgado da sentença penal não parece ser a medida mais adequada. Isto porque, impor à parte que espere o trânsito em julgado da ação penal significa forçá-la a adotar um regime que o código não lhe obriga.[5] Bem por isso a suspensão deve aguardar o prazo máximo de um ano.[6] Neste sentido já decidiu o STJ:

"1. Segundo a dicção do § 5.º do art. 265 do CPC, o processo não poderá ficar suspenso por mais de um ano – Precedentes da Corte." (REsp 523.403/MG, j. 27.04.2004, rel. Min. Eliana Calmon)

Problemática admissão desta posição por nós externada quando se tratar de processos relativos à competência do Júri. Isto porque poderá querer a parte ler esta sentença cível em plenário do Júri caso o processo civil tenha se encerrado antes da ocorrência do plenário do Júri. Neste caso entendemos que deve haver a extensão da restrição prevista no art. 479 c/c art. 478, I, ambos do CPP: poderá até mesmo ser lida a sentença ou acórdão em plenário desde que não o faça com argumento de autoridade.

d) Sistema da independência: por este sistema ambas as ações devem ser propostas de maneira independente, ou seja, deve haver uma ação no juízo cível e outra no juízo penal, cada uma com suas pretensões. A justificativa para este sistema vem do fato que as pretensões de natureza penal e de natureza civil são tão distintas e o tratamento dispensado a cada uma das questões é tão diverso que não deveria haver a possibilidade de cumulação de pretensões em uma área ou em outra.

Quanto ao sistema adotado no Código de Processo Penal durante muito tempo prevaleceu o entendimento que vigia o sistema da independência.[7]

É possível afirmar contudo que este sistema foi efetivamente adotado por força do disposto no art. 63 do CPP com alguma atenuação por força no disposto no art. 64. Este artigo dispõe: "sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível". Esta possibilidade de ajuizamento da ação cível sem necessariamente aguardar o resultado da ação penal torna o sistema mitigado quando combinado com o art. 63.[8]

A partir de 2008 foi acrescentado parágrafo único ao art. 63 e também o inc. IV do art. 387. Ambos estes dispositivos cuidam do dever do juiz de fixar o valor mínimo da indenização considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. É possível dizer por conta desta alteração que a sentença penal condenatória transitada em julgada é título executivo judicial líquido, embora parcialmente líquido. Gustavo Badaró[9] em feliz lembrança afirma que este sistema já existia na lei dos crimes ambientais em que o art. 20 da Lei 9.605/1998 já previa a fixação do valor mínimo da reparação.

O fato é que o sistema adotado é o sistema da independência, mas com atenuações.[10]

Vale dizer: a sentença condenatória transitada em julgada e alguns fundamentos da sentença absolutória do art. 386 irão produzir efeitos na esfera cível ou administrativa. Cabe agora a análise de cada uma destas hipóteses.

8.3. Dos efeitos da sentença penal condenatória transitada em julgado

Até o ano de 2008 a sentença penal condenatória transitada em julgado era título executivo judicial e deveria sofrer o processo de liquidação do seu valor na esfera cível. Vale dizer extraia-se de certidão de objeto e pé e cópia da sentença condenatória transitada em julgado e era ela executada em uma Vara Cível pelo procedimento de liquidação de sentença, restando apenas apurar o valor.

Ocorre que em 2008 foi feita alteração no Código de Processo Penal. Por esta alteração o juiz deve na sentença fixar o valor mínimo da indenização considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. Diante desta nova sistemática o que hoje pode existir é um duplo processamento, vale dizer: ao mesmo tempo em que o ofendido irá executar este valor mínimo da indenização poderá também efetivar o processo de liquidação da sentença caso entenda que o valor fixado na sentença penal não seja o valor adequado.

A respeito deste valor mínimo[11] a ser fixado surgiram alguns questionamentos:

a) O que é abarcado por esta condenação, vale dizer, está abarcado também o valor do dano moral?;

b) O juiz é obrigado a fixar este valor ou é necessário que haja pedido da parte?;

c) Qual a natureza jurídica deste pedido para fim de lei processual penal no tempo?

Quanto ao primeiro questionamento entendemos que se houver a possibilidade de apuração do valor do dano moral, não há porque não haver a sua fixação.[12] É sabido, notadamente por aqueles que atuam tanto na esfera cível quanto na esfera penal, que a quantificação do valor do dano moral não é rigorosa em nosso sistema. No fundo no fundo trabalha-se muito com o juízo de equidade e a análise fática deste ponto será a mesma de forma que em havendo elementos deve o juiz fixar o valor da indenização do dano moral.

O STJ passou a entender que se o juiz entender ser possível poderá fixar a indenização também levando em conta o dano moral e não apenas o dano material:

“1. Considerando que a norma não limitou e nem regulamentou como será quantificado o valor mínimo para a indenização e considerando que a legislação penal sempre priorizou o ressarcimento da vítima em relação aos prejuízos sofridos, o juiz que se sentir apto, diante de um caso concreto, a quantificar, ao menos o mínimo, o valor do dano moral sofrido pela vítima, não poderá ser impedido de fazê-lo. 2. Ao fixar o valor de indenização previsto no artigo 387, IV, do CPP, o juiz deverá fundamentar minimamente a opção, indicando o *quantum* que refere-se ao dano moral.” (STJ, REsp 1.585.684/DF, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 09.08.16)

O segundo questionamento refere-se à necessidade de pedido para que o juiz possa analisar este tema. O tema não é simples. Para aqueles que entendem que se trata de efeito da sentença não haveria a necessidade de pedido, pois ao se tratar de efeito da sentença saber-se-ia que necessariamente este tópico deveria ser nela abordado.

Por outro lado, para aqueles que entendem que não é efeito automático da sentença, há necessidade de observância do contraditório, vale dizer a parte não pode ser surpreendida por uma decisão sobre a qual não teve ela a oportunidade de questionar e por isso haveria

necessidade de pedido.

O nosso entendimento caminha no sentido de que deveria haver pedido sobre esta pretensão, ou seja, sobre a questão da indenização para que pudesse o acusado exercer o contraditório.[13] Entendemos ainda que a lei conferiu legitimidade extraordinária ao Ministério Público para fazer este pedido. Entendemos que o sistema penal deve também tutelar o ofendido notadamente em um país tão carente de recursos e de acesso à justiça como é o caso brasileiro.

Inicialmente o STJ entendia que havia necessidade de pedido do ofendido, mas em acórdãos mais recentes mudou a orientação entendendo que o pedido poderá ser feito também pelo Ministério Público:

"1 - Este Tribunal sufragou o entendimento de que deve haver pedido expresso e formal, feito pelo parquet ou pelo ofendido, para que seja fixado na sentença o valor mínimo de reparação dos danos causados à vítima, a fim de que seja oportunizado ao réu o contraditório e sob pena de violação ao princípio da ampla defesa." (STJ, AgRg no AREsp 389.234/DF, j. 08.10.2013, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura)

Como já dito acima, com devida vênia, entendemos equivocado o entendimento inicial assumido pelo STJ e correto o atual entendimento. Equivocado apenas no que toca a necessidade de pedido da vítima, mas concordamos que haja necessidade de pedido.

Nossa divergência restringia-se ao fato de que entendemos que o Código de Processo Penal conferiu legitimidade extraordinária ao Ministério Público para fazer este pedido, atual posição do STJ[14], como se percebe do seguinte julgado:

"Entretanto, evidencia-se a ofensa aos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil [1973] quando a sentença extrapola os limites em que a lide foi proposta, ou seja, acolhe pedido diverso do formulado na inicial. Como é sabido, a análise da ofensa ao princípio da correlação pressupõe o cotejo entre o que foi decidido na sentença e o que foi pedido na exordial acusatória. No caso, pela simples análise da denúncia, constata-se que não houve pedido expresso e formal do Ministério Público para condenar o réu à reparação mínima do dano causado, não lhe tendo sido oportunizada, portanto, a ampla defesa e o contraditório." (STJ, AgRg no REsp 1.497.674/RRS, rel. Min. Gurgel de Faria, j. 17.12.15)

Quanto ao pedido, há julgados do STJ que exigem que haja indicação específica do valor a ser objeto da indenização. Estes julgados se coadunam com a atual exigência do Código de Processo Civil prevista no art. 324 que excepciona as hipóteses em que se admite o pedido genérico:

"I. A reparação de danos, além de pedido expresso, pressupõe a indicação de valor e prova suficiente a sustentá-lo, possibilitando ao réu o direito de defesa. Necessário, portanto, instrução específica para apurar o valor da indenização. II. Na hipótese, embora o Ministério Público tenha pleiteado expressamente na denúncia a fixação de valor para a reparação do dano, nos termos do art. 387, inc. IV, do CPP, não houve a instrução específica com a indicação de valores e provas suficientes a sustentá-lo, proporcionando a ré a possibilidade de se defender e produzir contraprova" (STJ, AgRg no REsp 1.483.846/DF, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 23.02.16)

Por fim, a terceira questão refere-se ao tema da lei processual no tempo e a questão reside em saber se o inc. IV do art. 387 é norma mista ou norma processual. Não há dúvida de que temos aqui um conteúdo material, mas não de direito penal e sim de direito civil. Vale dizer: o legislador reconheceu o dever do juiz de fixar valor mínimo da indenização e esta indenização é de natureza civil, afastando-se, portanto do antigo

sistema da confusão. Ao se fazer esta distinção entendemos, portanto que esta norma embora possua conteúdo civil ela é regida pelo disposto no art. 2.º do CPP, ou seja, possui sua eficácia imediata.[15]

No âmbito do STJ prevaleceu tratar-se de regra de direito material que só pode ser aplicada aos crimes cometidos após sua vigência:

"2. No caso, o disposto no art. 387, IV, do Código de Processo Penal (norma de direito material mais rigorosa ao réu), que cuida da reparação civil dos danos sofridos pelo ofendido, foi aplicado a delito praticado antes da entrada em vigor da Lei n. 11.719/2008" (STJ, AgIn no HC 331.162/PE, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 12.04.16)

Ainda sobre o tema da eficácia civil da sentença penal condenatória a questão que se discute refere-se ao responsável legal. O art. 932, III, do CC/2002 estabelece as hipóteses de responsabilidade civil por ato de terceiros e para o tema que nos interessa os incs. III, IV e V são os aspectos fundamentais.

O inc. III cuida do empregador ou comitente como sendo responsáveis por seus empregados, serviçais e prepostos no exercício do trabalho que lhe competiram ou em razão dele e o inc. IV cuida dos donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro mesmo para fim de educação pelos seus hóspedes, moradores e educandos, o inc. V cuida daqueles que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime até a concorrente quantia.

Para que fique mais claro ao leitor imaginemos uma situação concreta em que alguém que esteja a mando de outrem, de um empregador, acabe por cometer crime de dano, imagine, por exemplo, o caso do entregador de pizza que quando vai levar a pizza para uma outra residência acaba cometendo um crime de dano no trânsito. A questão reside em saber se condenado pelo crime de dano o entregador de pizza poderá a sentença penal se voltar contra o proprietário da pizzaria ou contra a pizzaria quando da liquidação da sentença na esfera cível. Entendemos que a resposta só pode ser negativa.

Ora, mantendo-se no citado exemplo, a pizzaria não integrou o polo passivo da ação penal. Como alguém que não tenha integrado o polo passivo de uma ação pode sofrer os efeitos não penais, efeitos civis, de um processo do qual não fez parte. Entendemos que a violação do contraditório e do devido processo legal é tamanha que não poderá em liquidação de sentença voltar-se contra o responsável legal do art. 932 do CC/2002.[16]

Em nosso exemplo como deveria o desafortunado motorista fazer valer seus direitos contra o responsável legal? Em nosso exemplo deveria o desafortunado promover ação civil de conhecimento em uma Vara Cível contra o proprietário da pizzaria, pois só assim seriam respeitados os preceitos do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.[17]

Tourinho entende que no caso de infrações penais de menor potencial ofensivo, o art. 72 da Lei 9.099/1995 previu a possibilidade da intervenção do responsável civil na esfera penal, deste modo, poderá ser proposta ação de execução diretamente ao responsável civil.[18] No entanto dele discordamos, pois somente poderá ser proposta a execução contra ele se participou da audiência preliminar e integrou o acordo.

Por fim, tema normalmente objeto de discussão acadêmica embora com raríssimos casos encontrados na jurisprudência, refere-se a possibilidade de haver revisão criminal da sentença condenatória com posterior absolvição do condenado. Imagine-se a seguinte situação: está a ocorrer a execução civil do julgado penal e sobrevém revisão criminal que inocente o então condenado. Qual será o efeito desta revisão criminal na sentença cível?[19]

Gustavo Badaró[20] apresenta três distintas situações e aderimos integralmente a sua divisão: caso não tenha sido iniciada a execução ou ela esteja se desenvolvendo faltará título executivo para o início ou continuidade desta execução. Tal tema poderá até mesmo ser alegado pela via de objeção de pré-executividade.[21]

Caso já tenha sido feito o pagamento na esfera cível e tenha sido extinta a execução pelo pagamento não poderá haver repetição de indébito contra o exequente[22] devendo a pretensão do então condenado voltar-se contra o Estado seja pela via da revisão criminal seja pela via de ação de conhecimento em primeiro grau.[23]

O que temos ainda a observar diante das situações acima apontadas é que não remanesce o menor interesse para o manejo deste tipo de ação por parte do ofendido. São tantos os riscos e tantas as divergências doutrinárias e jurisprudenciais que melhor se afigura, do ponto de vista da segurança profissional e dos interesses do ofendido, que promova a ação de conhecimento na vara cível.

A promoção de ação de conhecimento autônoma em uma vara cível evitará o surgimento no futuro de todas estas questões acima abarcadas. De nossa parte entendemos que o sistema deveria ser mais bem regulado e caso assim o fosse haveria o estímulo para que as partes se valessem deste importante instrumento que é a eficácia civil da sentença penal condenatória transitada em julgado.

É importante notar detalhe que por vezes passa despercebido: só terá eficácia civil a sentença penal condenatória que tenha transitado em julgado. Se não houve o trânsito em julgado então não poderá ter início o processo de liquidação de execução para a parte líquida e de execução do valor mínimo de indenização fixada na sentença.

8.4. Efeitos civis da sentença penal absolutória e da sentença que declara extinta a punibilidade e outras questões

A sentença absolutória por vezes pode gerar eficácia civil tanto na esfera cível propriamente dita quanto na esfera administrativa. Assim, é possível imaginar, por exemplo, e se perguntar qual efeito que uma sentença absolutória pode gerar para um funcionário público que tenha sido acusado de um crime? Isto porque quando um funcionário público pratica um crime ligado a sua função é aberto um processo administrativo para apurar a sua conduta.

Nesta situação é comum que o processo administrativo se encerre antes do processo penal e aí surge a dúvida absolvido do processo criminal haverá algum efeito neste processo administrativo? E ainda caso o Ministério Público promova uma ação de improbidade administrativa contra este funcionário a absolvição penal irá gerar algum efeito sobre esta ação civil?

Para podermos estabelecer adequadamente a resposta a estas questões devemos levar em conta o disposto no art. 935 do CC/2002 que diz: “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

Por força desta disposição do Código Civil e também do disposto nos arts. 65, 66 e 67 do CPP é possível se estabelecer uma primeira regra geral, qual seja, quando se tratar de sentença absolutória por falta de provas então não haverá a produção de nenhum efeito na esfera cível ou administrativa. A falta de provas não é capaz de produzir qualquer efeito no âmbito da esfera cível ou da esfera administrativa:

“2. A redação do art. 935 do Código Civil reforça os reiterados entendimentos jurisprudenciais no sentido da independência das instâncias e da impossibilidade dos efeitos da decisão penal influírem na esfera administrativa, salvo nas hipóteses de inexistência do fato ou negativa de autoria, das quais não se cogita nestes autos.” (STJ, RMS 32.319/GO, rel. Min. Sérgio Kukina, j. 15.09.16)

Assim, por exemplo, no exemplo acima citado do funcionário público que é demitido a bem do serviço público no processo administrativo caso tenha sido absolvido por falta de provas isso não irá gerar nenhum efeito neste processo administrativo. Esta situação ocorre por força no disposto do art. 935 do CC/2002 uma vez que não houve afirmação categórica no juízo penal não haverá qualquer efeito a ser produzido por esta sentença penal que se fundamenta em falta de prova.

Desta forma, não produzem efeitos as sentenças que tenha por fundamento os incs. II, III, V e VI segunda parte do art. 386 do CPP, isto é, as sentenças com estes fundamentos não impedem a propositura da ação civil *ex delicto*.

Estabelecido que a sentença absolutória por falta de provas não produz efeitos temos que analisar outros tipos de pronunciamento judicial. Vejamos com mais detalhes as outras hipóteses de absolvição previstas no art. 386 do CPP.

É possível que um ato seja um ilícito penal e não seja um ilícito civil.

Desta forma a sentença absolutória que entende que o fato não constitui crime (art. 67, III, c.c. art. 386, III) não produz efeitos. Imagine-se o caso de um comentário ofensivo é possível que esta pessoa que produziu o comentário ofensivo seja processada criminalmente e absolvida por atipicidade da conduta e ao mesmo tempo seja condenada no juízo cível como tendo produzido um ato ilícito. Isso porque o ilícito penal e o ilícito civil não necessariamente são coincidentes.

O ilícito civil é estabelecido no art. 186 do CC/2002: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Diante da disposição do Código Civil fica claro que um fato pode ser um ilícito civil, mas não ser ilícito penal daí o código acertadamente estabelecer que não produz qualquer efeito a sentença que reconhece que o fato é atípico. Assim, absolvido na esfera penal por atipicidade da conduta, isso não impedirá a propositura de ação de indenização por danos morais por exemplo.

Outra questão importante refere-se a extinção da punibilidade. Neste tópico o Código de Processo Penal precisa ser mais bem compreendido e em cotejo com o Código Penal. O Código de Processo Penal estabelece no art. 67 que a decisão que julgar extinta a punibilidade não impede a propositura da ação civil (art. 67, II).

É preciso que se entenda adequadamente o momento em que foi declarada extinta a punibilidade. Caso tenha sido declarada extinta a punibilidade por qualquer de suas causas antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória então incide de maneira plena o art. 67, III. Vale dizer: caso declarada extinta a punibilidade antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória não remanesce nenhum efeito naquela sentença.

Neste sentido já decidiu o STJ:

“1. A executoriedade da sentença penal condenatória (art. 63 do CPP) ou seu

aproveitamento em ação civil *ex delicto* (art. 64 do CPP; arts. 110 e 265, IV, do CPC) depende da definitividade da condenação, ou seja, da formação da coisa julgada criminal, até mesmo pela máxima constitucional de que ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, da CF/1988). 4. Segundo delineia a doutrina de direito penal, a prescrição retroativa, da maneira como disciplinada pela reforma de 1984 (art. 110, §§ 1.º e 2.º, do CP), constitui forma de prescrição da pretensão punitiva, e não apenas da pretensão executória. Por isso, quando reconhecida, extingue o *jus puniendi*, e não apenas o poder-dever do Estado de impor concretamente a sanção penal (*jus executionis*). 5. O reconhecimento da prescrição retroativa, por se referir à forma de prescrição da pretensão punitiva, extingue a punibilidade afastando todos os efeitos principais (aqueles concernentes à imposição das penas ou medidas de segurança) e secundários da sentença penal condenatória (custas, reincidência, confisco, etc.), incluindo-se nesses últimos o efeito civil de que trata o art. 91, I, do CP." (STJ, REsp 678.143/MG, j. 22.05.2012, rel. Min. Raul Araújo)

Situação diversa ocorrerá nas hipóteses em que a declaração da extinção da punibilidade tenha ocorrido após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Isto porque, os efeitos extrapenais da condenação continuam a subsistir.[24] Desta forma remanesce o dever de indenizar, por exemplo, decorrente do título executivo da sentença penal condenatória transitada em julgado.

Caso se trate da causa de extinção da punibilidade relativa ao óbito (art. 107, I, do CP) mesmo assim haverá a subsistência do dever de indenizar, mas neste caso, evidentemente, somente poderá responder no limite dos bens deixados pelo *de cujus*.

Também não produz qualquer efeito na esfera civil a decisão que determina o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação. Neste ponto o código também se mostra correto na medida em que há necessidade de manifestação judicial para que se reconheça a ocorrência ou não de um crime. Daí por que não se pode falar em produção de efeitos o mero arquivamento do inquérito policial conforme determina o art. 67, I, do CPP.

Por fim há três questões que merecem especial atenção quanto ao tema sentença absolutória e da reparação civil.

Em primeiro lugar a sentença que reconhece categoricamente que o fato não existiu, em segundo lugar a sentença que reconhece categoricamente que o acusado não praticou a infração penal e em terceiro lugar as causas excludentes da antijuridicidade.

Se a sentença absolveu o acusado e reconheceu que o fato não existiu (art. 386, I do CPP) então isso irá produzir efeitos na esfera cível ou administrativa, tudo nos termos do art. 66 do CPP. Assim, se o acusado foi absolvido nos termos do art. 386, I, então se tiver sido demitido em processo administrativo deverá recuperar seu cargo e caso esteja ocorrendo ação cível indenizatória, deverá ser extinta.

Assim é que o art. 66 do CPP estabelece: "Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato".[25]-[26]

Este artigo encontra-se em consonância com o art. 935 do CC/2002, já citado anteriormente. No nosso exemplo do início deste tópico se o funcionário público perde o emprego por força de processo administrativo e posteriormente vem a ser absolvido com esse fundamento que se encontra no art. 386, inc. I então deverá recuperar o seu cargo ou função perdidos.

Com a reforma ocorrida no Código de Processo Penal em 2008 foi acrescentado um novo inc. IV ao art. 386: “Estar provado que o réu não concorreu para infração penal”. Esta hipótese absolutória liga-se a ideia do acusado que comprova que não foi ele o autor do crime que ele não concorreu para infração penal. Nesta situação o crime existiu, mas o acusado não foi o autor da infração penal. Tendo em vista que esta modificação aconteceu em 2008 e o Código Civil é de 2002 não havia clareza na doutrina e na jurisprudência sobre a produção de efeitos envolvendo absolvições com base neste inciso.

No entanto o STJ resolveu esta questão estabelecendo que há sim a produção de efeitos conforme se vê do julgado a seguir e desde então repete esta lição em seus acórdãos:

“6. Ademais, é sabido que a absolvição do réu na ação penal somente repercute na esfera administrativa se ocorrer pela negativa de autoria ou pela inexistência de fato, o que não é o caso em apreço, na qual se deu por insuficiência de provas.” (STJ, MS 16554/DF, j. 08.10.2014, rel. Min. Humberto Martins)

De nossa parte entendemos que este inciso deve ser analisado com alguma cautela. É possível a produção sim de efeitos como no caso acima apresentado pelo STJ. No entanto isso não significa exclusão absoluta da possibilidade de ação civil.[27] Caso se mude a imputação na petição inicial da ação civil poderá ser proposta a ação civil indenizatória, pois não estará abarcada pela eficácia objetiva da coisa julgada penal.

Imaginemos a seguinte situação: alguém é acusado de praticar o crime de incêndio de maneira dolosa, imagine que essa pessoa seja absolvida, pois prova que não praticou a infração penal tendo sido ela praticada por outra pessoa. É evidente que não poderá haver ação civil indenizatória com base nessa mesma atribuição do constante do processo penal. No entanto caso se mude a imputação, por exemplo, imputando-se culpa a esta pessoa é possível à promoção de ação civil indenizatória não estando este caso abarcado pela eficácia civil da sentença penal.

Com relação às causas de excludentes da antijuridicidade o Código de Processo Penal pode induzir em erro se não analisado também do ponto de vista da doutrina do direito penal.

O art. 65 do CPP estabelece que faz coisa julgada no civil a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legitima defesa, em estrito comprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Ocorre que estas causas de exclusão da antijuridicidade podem atuar de maneira defensiva ou agressiva. Quando atuarem de maneira defensiva então o art. 66 tem plena eficácia. A pessoa que mata outra em legítima defesa não poderá ser processada na esfera civil pelos sucessores da vítima. No entanto como é sabido pela doutrina penal é possível que essas causas de exclusão da antijuridicidade atinjam terceira pessoa.

Nesta situação a causa excludente é agressiva, pois atinge bem de terceiro que não é obrigado a suportar o dano provocado pela pessoa e desta forma é possível o ajuizamento de ação civil indenizatória.[28] Imagine-se que alguém em estado de necessidade tenha que sacrificar um bem de terceiro para se salvar. Nesta situação este terceiro poderá processar aquele que sacrificou o seu bem, pois não é obrigado a suportar o dano causado a si. Então quando se tratar de causa excludente da antijuridicidade defensiva haverá a produção de efeitos civis nos termos do art. 66. Quando se tratar de causa excludente da antijuridicidade agressiva não haverá a produção de eficácia civil da sentença penal podendo haver a promoção da ação civil indenizatória.[29]

Quanto à sentença absolutória imprópria e a sentença absolutória proferida pelo

tribunal do júri algumas observações são importantes. Entende-se que a sentença absolutória imprópria é aquela que aplica a medida de segurança nos termos do art. 26, *caput*, do CP não é capaz de produzir qualquer eficácia civil. Não serve ela como título executivo, pois não é sentença condenatória e também ao mesmo tempo não impede a propositura de ação civil nos termos do art. 932 do CC/2002.[30]

Já a sentença absolutória proferida pelo tribunal do júri também não produz eficácia civil. Isto por que no júri prevalece por força da Constituição Federal o sigilo das votações e também o sistema da íntima convicção em que os jurados não fundamentam suas decisões. Diante desse quadro é possível identificar qual foi a tese defensiva acolhida pelos jurados ou mesmo os motivos que levaram os jurados a absolver o condenado. Diante situação não produzirá qualquer efeito civil a sentença absolutória do tribunal do júri.

Por fim dois últimos temas são relevantes a serem tratados neste capítulo trata-se da questão da legítima defesa putativa e das causas excludentes da culpabilidade.

Quanto às causas das excludentes da culpabilidade não produzem qualquer efeito civil na medida em que a lei seja civil seja penal não prevê a atribuição de qualquer efeito civil para este tipo de absolvição.[31] Vale dizer:

Por ausência de previsão legal as causas de exclusão da culpabilidade não produzem eficácia civil. Quanto a legítima defesa putativa há de se observar a regra geral, caso o bem sacrificado tenha sido tão somente daquele de quem se imaginava que produziu o dano haverá produção de efeitos civis caso atinja bem de terceiro então não haverá a produção de efeitos como acima determinados.[32]

"1. Segundo a orientação jurisprudencial do STJ, a Administração Pública pode ser condenada ao pagamento de indenização pelos danos cíveis causados por uma ação de seus agentes, mesmo que consequentes de causa excludente de ilicitude penal: REsp 884.198/RO, 2.ª T., rel. Min. Humberto Martins, *DJ* 23.04.2007; REsp 111.843/PR, 1.ª T., rel. Min. José Delgado, *DJ* 09.06.1997. 2. Logo, apesar da não responsabilização penal dos agentes públicos envolvidos no evento danoso, deve-se concluir pela manutenção do acórdão origem, já que eventual causa de justificação (legítima defesa) reconhecida em âmbito penal não é capaz de excluir responsabilidade civil do Estado pelos danos provocados indevidamente a ora recorrida. 3. Recurso especial não provido." (STJ, REsp 1.266.517/PR, j. 04.12.2012, rel. Min. Mauro Campbell Marques)

8.5. Legitimidade do Ministério Público

O art. 68 do CPP confere legitimidade ao Ministério Público para a promoção da ação civil *ex delicto* quando o titular do direito a reparação do dano for pobre. Nestas hipóteses poderá ser promovida tanto ação cível de conhecimento quanto a execução poderá ser promovida pelo Ministério Público.

É importante notar nesta situação que pobre na acepção do código está definido no art. 32, §§ 1.º e 2.º, ou seja, considera-se pobre a pessoa que não puder promover as despesas do processo sem privar-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento ou da família. Também o código estabelece que é prova suficiente de pobreza o atestado da autoridade policial em cuja circunscrição residir o ofendido.

Este art. 32 do CPP deve ser lido em conjunto com o art. 4.º da Lei 1.060/1950: basta simples declaração de pobreza para que se reconheça a possibilidade de que se trata de pobre na concepção jurídica do termo.

Uma questão que surge sempre quando se trata deste tema refere-se afinal de contas quem é o legitimado ativo para a promoção dos interesses do hipossuficiente após a edição da Constituição Federal de 1988. Isto porque com a CF/1988 a proteção dos hipossuficientes em se tratando de direitos individuais foi transferida para a Defensoria Pública.

O que tem sido entendido pelo STF é a chamada inconstitucionalidade progressiva do art. 68. Isto quer dizer que somente terá o Ministério Público a legitimidade para promoção da ação civil *ex delicto* quando se tratar de estado que não tenha organizado a Defensoria Pública:[33]

"Ministério Público – Ação civil *ex delicto* – Art.. 68 do CPP – Norma ainda constitucional – Estágio intermediário, de caráter transitório, entre a situação de constitucionalidade e o estado de inconstitucionalidade – A questão das situações constitucionais imperfeitas – subsistência, no estado de São Paulo, do art. 68 do CPP, até que seja instituída e regularmente organizada a defensoria pública local – recurso de agravo improvido." (STF, RE 341717 AgRg, j. 08.03.2003, rel. Min. Celso de Mello)

Neste ponto vale lembrar a sagaz crítica de Flávio Martins que afirma que tecnicamente não seria inconstitucionalidade progressiva, mas não recepção progressiva. Mostra-se correto o autor, na medida em que, por se tratar de texto legal pré 1988, o termo correto é não recepção e não inconstitucionalidade.[34]

Também já se entendeu que é possível ao Ministério Público promover a ação civil *ex delicto* ainda que se trate de estado com defensoria pública, se esta Defensoria Pública não está suficientemente organizada para a promoção dos interesses dos hipossuficientes:

"1 – Segundo entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência desta Corte, arrimada em julgado do STF, o Ministério Público somente tem legitimidade para propor ação civil *ex delicto*, em favor de pessoas pobres, se não houver ou for insuficiente o serviço da Defensoria Pública. 2 – Em sendo assim, o acordo celebrado no caso específico entre o réu e a mãe (representante legal) da criança, vítima de lesões corporais, com pleno atendimento das necessidades desta última, não há de ser nulo apenas porque o *Parquet*, autor da ação, com ele não concorda. As finalidades sociais e altruísticas que norteiam a questão sobrepõem-se aos rigores das formalidades processuais. 3 – Recurso especial não conhecido." (STJ, REsp 171.918/MG, j. 18.05.2004, rel. Min. Fernando Gonçalves).

Por fim, dois últimos aspectos. No que se refere à sentença que concede o perdão judicial, Nucci[35] entende que se trata de sentença condenatória, uma vez que "não se perdoa quem é inocente" e, portanto, para ele, é passível de ser executada, como título executivo no cível. Dele discordamos pois, nos termos da Súmula 18 do STJ trata-se de sentença declaratória de extinção da punibilidade.

No que tange à absolvição sumária do art. 397 do CPP, Aury Lopes Junior,[36] entende que nenhum dos fundamentos impede a propositura da ação civil. No entanto, a hipótese do inc. I (existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato) produz efeitos na esfera cível nos termos do art. 65 do CPP.

FOOTNOTES

1

. PACELLI (*Curso de processo penal*. rev. e ampl. de acordo com as Leis 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760, todas de 2012. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 181) define ação civil *ex delicto* como o procedimento judicial voltado à recomposição do dano civil causado pelo crime.

2

. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 4 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 212.

3

. Tourinho Filho (*Manual de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 264) nos informa que este sistema é adotado na Alemanha, Itália, França, Portugal e Peru.

4

. Para Frederico Marques (*Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997. vol. III. p. 84) "enquanto não se instaurar a relação processual penal, com a apresentação da denúncia ou queixa, não cabe ao juiz da ação civil suspender esta –, uma vez que a suspensão, como ensina Mangin, não é senão "*la conséquence de l'existence simultanée de deux actions fondées sur les mêmes faits*". Disso se infere que a simples existência de inquérito policial não autoriza a suspensão da ação civil, porquanto a investigação não é fase da relação processual".

5

. Nesse sentido, PACELLI (Op. cit., p. 184) entende que "o vocábulo *poderá*, constante do citado no art. 64, parágrafo único, do CPP, confere verdadeiro poder discricionário ao juiz cível, acerca da conveniência da suspensão do processo naquela instância. Embora alguns autores entendam que esse termo (*poderá*) contemplaria verdadeiro dever, entendemos que a hipótese é mesmo de discricionariedade. Isso porque, somente a partir do exame do estágio de desenvolvimento procedimental de um e de outro processo (a ação cível e a penal) é que se poderá avaliar a conveniência de se suspender o processo no cível". Tourinho Filho (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op.cit., p. 274) entende que não é faculdade do juiz: "o texto legal usa da expressão *poderá*, parecendo revelar uma simples faculdade do Juiz do cível em suspender ou não o andamento da ação civil. Esse *poderá*, contudo, (...) deve converter-se num *deverá* para que se evitem decisões conflitantes".

6

. Nesse sentido GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 149; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 146; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 248 e ainda

segundo Pacelli (Op. cit., p. 184) “ a teor do disposto no art. 265, IV, § 5.º, do CPC (que é posterior ao Código de Processo Penal), a suspensão do processo no cível não poderá ultrapassar o prazo de um ano, ao fim do qual o juiz retomará obrigatoriamente a sua jurisdição”.

7

. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965. vol. 2, p.19; TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1, p. 86

8

. Nesse sentido, PACELLI (Op. cit., p. 182) entende que no Brasil “adota-se o sistema da independência relativa ou mitigada, em razão da existência de uma subordinação temática de uma instância a outra especificamente em relação a determinadas questões”.

9

. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op. cit., p. 205.

10

. Nesse sentido: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., p. 265; MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 144, OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit., p. 182. Em sentido parcialmente diverso: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op. cit., p. 213, que entende recentemente houve uma maior aproximação com o sistema da solidariedade, passando a sentença penal condenatória “a poder ser *título executivolíquido, ainda que parcialmente*” (grifo no original).

11

. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 12. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 192 faz duras críticas à previsão de fixação de *valor mínimo,* entendendo que “o correto seria o estabelecimento de um valor real, debatido no processo criminal, a fim de não sobrecarregar a esfera cível com nova discussão a respeito do mesmo tema. Ademais, se o ofendido conseguir um valor mínimo qualquer, sem atingir o efetivamente devido, poderá sentir-se duplamente enganado. O Judiciário fixa-lhe um valor pífio, que não o deixa satisfeito, embora se sinta desmotivado para, novamente, demandar no cível outros valores”.

12

. Nesse sentido, MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal.* Campinas: Bookseller, 1997. vol. III, p. 80.

13

. Nesse sentido NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 199 entende que "parece-nos que somente o ofendido poderia solicitar a indenização e o juiz não teria condições de fixá-la de ofício, sem nenhum pedido. Afinal, não tendo havido requerimento expresso, inexistiria discussão nos autos em relação ao valor, motivo, pelo qual seria incabível a fixação de um montante qualquer, que não foi objeto de debate entre as partes interessadas". No mesmo sentido LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 247.

14

. Nesse sentido GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 151.

15

. Em sentido contrário Aury Lopes Junior (Op. cit., p. 247) entende que "somente é cabível tal condenação em relação aos fatos ocorridos após a vigência da Lei 11.719/2008, sob pena de ilegal atribuição de efeito retroativo a uma lei penal mais grave".

16

. Nesse sentido Pacelli (Op. cit., p. 193) entende que "na hipótese de *execução de sentença penal condenatória*, o título executório é, obviamente, dirigido apenas contra o condenado. Daí por que não poderá ser oposto a qualquer outra pessoa". NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 202 também entende que "não pode responder, como fato incontroverso e definitivo, aquele que não participou da ação penal".

17

. Tourinho Filho (Op. cit., p. 272-273) entende que "se o patrão, ante uma ação, com fulcro no art. 932, III, do CC/2002, pudesse discutir sobre o fato e a autoria, sob o fundamento de não ter sido parte na relação jurídico-processual penal, a balbúrdia seria inominável, uma vez que, por via oblíqua, poderia o juízo cível afrontar o decidido no juízo penal. Haveria, inegavelmente, uma revisão criminal *sui generis*, na 1.ª instância, e, o que é pior, no juízo cível". Em sentido contrário temos MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo* cit., p. 149; Rogério Marrone de Castro Sampaio, citado por NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 216, ressalva que "tem triunfado na jurisprudência o entendimento de que, proposta a ação civil contra o terceiro responsável, tem ele direito de rediscutir todos os pontos de forma abrangente, sem qualquer vínculo, uma vez que a coisa julgada no crime não o atingiu" e ainda para BADARÓ (Op. cit., p. 208-209) "sendo apenas submetido à eficácia natural da sentença, o terceiro poderá voltar a questionar tudo o que restou decidido na sentença penal, inclusive quanto à existência do crime e à própria autoria delitiva, que no primeiro processo geraram o dever de reparar o dano".

18

. Nesse sentido TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., p. 273.

19

. Para NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 201 "havendo o ajuizamento de revisão criminal, caso seja julgada procedente, tem o condão de eliminar o título executivo, que é a sentença condenatória proferida anteriormente. Logo, se ainda não iniciada a execução, não mais pode ocorrer; caso tenha começado, deverá o juiz extingui-la por inexigibilidade do título. E, derradeiramente, se já tiver sido paga a indenização – uma vez que não houve processo de conhecimento para apurar a culpa na esfera cível – caberia ação de restituição, onde se poderia então debater a culpa do pretenso autor de ato ilícito".

20

. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op. cit., p. 217.

21

. Nesse sentido GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 150.

22

. Em sentido contrário temos Grego (Idem, ibidem) que admite a repetição do indébito.

23

. Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op. cit., p. 209, José Frederico Marques, vol. 4, p. 364.

24

. Nesse sentido NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 12. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 193.

25

. Vide art. 386, I, do CPP.

26

. Para BADARÓ (Op. cit., p. 219) “não tendo ocorrido o fato e tendo isso sido decidido no juízo penal, não caberá alegação em sede civil, em ação de reparação de dano. Incide a previsão do art. 66 do CPP, no sentido de que a ação civil não poderá ser proposta quando tiver sido, *categoricamente*, reconhecida a inexistência material do fato, bem como a parte final do art. 935 do CC/2002, por se achar decidida – em sentido negativo – a questão da existência do fato” (destacado no original).

27

. Em sentido contrário: Pacelli (Op. cit., p. 190) entende que “o atual art. 386 do CPP incluiu também como hipótese de absolvição a certeza judicial fundada em fato de *estar provado que o réu não concorreu para a infração penal* (art. 386, IV, do CPP). Em se tratando, então, de juízo de certeza, a unidade da jurisdição impõe a vinculação da instância cível à referida fundamentação absolutória”; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op. cit., p. 211 e ainda Aury Lopes Junior (LOPES JÚNIOR, Aury. Op. cit., p. 250-251) entende que “quando o réu é absolvido com base no art. 386, IV (estar provado que o réu não concorreu para infração penal), estabelece-se uma situação similar àquela descrita anteriormente para o inciso I. [...] Trata-se, entre outros, de um argumento de lógica jurídica e credibilidade das decisões judiciais: como alguém pode não ser – categoricamente – o autor de um fato para o juiz penal e, na esfera cível, ser considerado o autor (do mesmo fato)?”

28

. Nesse sentido NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 205; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op. cit., p. 213; MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 147; TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1. p. 88; LOPES JÚNIOR, Aury. Op. cit., p. 442.

29

. MIRABETE (Op. cit., p. 147) entende que nas hipóteses de reconhecimento na esfera penal do ato ter sido praticado em legítima defesa, em estado de necessidade, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito “não se discute mais a existência da excludente de ilicitude (há nessa parte coisa julgada), mas não se impede a propositura da ação civil objetivando a reparação do dano”.

30

. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op. cit., p. 220.

31

. Nesse sentido BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op. cit., p. 211.

32

. Sobre a possibilidade de responsabilidade civil diante de legítima defesa putativa entende PACELLI (Op. cit., p. 189) que "dado que, na realidade, nem sequer teria existido a equivocadamente vislumbrada agressão e muito menos a sua injustiça (...) tratando-se de legítima defesa *putativa*, não estará excluída a responsabilidade civil". Nesse sentido LOPES JÚNIOR, Aury. Op. cit., p. 442.

33

. Nesse sentido NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 207; GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 151207.

34

MARTINS, Flavio. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2017.

35

. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 201.

36

. LOPES JÚNIOR, Aury. Op. cit., p. 252.